

POR

DON FRANCISCO DE MERIDA CHACON, Y DON Rodrigo de Merida Chacon su hijo.

EN EL PLEYTO

CON D. MARIA DE PIEdrola, muger de don Fernando de Merida Chacon, vezinos de la Ciudad de Loxa.

En Granada. En la Imprenta Real, en la calle de los Libreros. Por Francisco Sanchez, y Baltasar de Bolibar. Año de 1643.

s vi-
iquis.
t. an-
col.



Oña Maria de Piedrola A. pretende, que don Francisco de Merida Chacõ ha de ser cõdenado a pagarle 1118oo. ducados, que son los que le faltan para los tres mil que por escritura de capitulaciones le prometieron a don Fernando Chacon su marido, Antonio de Merida, y doña Maria Chacon, padres del susodicho.

2 ¶ Don Francisco, R. demandado, se defiende con las excepciones siguientes.

3 ¶ La primera, que la cantidad que se le prometiò a don Fernando por dicha escritura de capitulaciones consta por instrumentos publicos auerla recebido.

4 ¶ La segunda, que le obsta la escritura de transacion que se otorgó el año de veynte y vno.

5 ¶ La tercera, que quando las dos excepciones antecedentes cessaran, la demãda de doña Maria no se deue admitir, por no auer llegado el caso della, y auer de preceder particiones de los bienes de sus suegros, para poder intentarla cõtra don Francisco.

6 ¶ Y en qualquiera acontecimiento hechas las dichas particiones, el dicho don Francisco no ha de ser conuenido insolidum, si no por su prorrata, o porcion hereditaria, por no auerse obligado insolidum el, y don Iuan su hermano.

7 ¶ Supuesto que la defensa de don Francisco, y de don Rodrigo se reduze a estas excepciones, por ellas iremos discurriendo, y se responderá en cada vna a lo que por la otra parte se opone, y resulta de los autos contra ellas.

Pri-

Primera Excepcion.

8 ¶ Los tres mil ducados que doña Maria de Piedrola pretende ſe prometieron a don Fernando ſu marido por la eſcritura de capitulaciones, en que funda ſu demanda, dize don Francisco que los recibio don Fernando ſu hermano.

9 ¶ Y lo prueua por la eſcritura otorgada ante Fernando de Oliuares en diez y ſeys de Diziembre de ſeyſcientos y treze; en la qual confieſſa don Fernando auer recebido los tres mil ducados que ſus padres le prometieron.

10 ¶ Y tambien lo prueua por la eſcritura de tranſacion que eſtà preſentada en el pleyto, en que deſpues de auerſe hecho relacion de la promeſſa de los dichos tres mil ducados, expreſsis verbis ſe declara auerlos recebido don Fernando y doña Maria de Piedrola por las palabras ſiguientes, fol. 4. eiuſdem ſcripturæ, ibi: *Deſpues de lo qual en diez y ſeys de el mes de Diziembre de el dicho año de mil y ſeyſcientos y treze, hizieron entrego a el dicho don Fernando de Merida los dichos ſus padres de ciertos bienes, en cumplimiento de lo contenido en la eſcritura antes de eſta referida, que montaron 1.q.125µ marauedis* (que eſta cantidad haze los tres mil ducados) *como ſe contiene por la dicha eſcritura que paſsò ante el dicho Fernando de Oliuares.*

11 ¶ Que ſea eſta prouança euidente de el recibo de los tres mil ducados de la promeſſa, ni recibe duda, ni ſe deue poner en diſputa, por ſer ambos inſtrumentos publicos, y autenticos, y la confeſsion de el recibo expreſſa y clara en ambos: ſtante enim inſtrumento, non eſſe opus diſceptatione iudiciali ſuper contentis in eo, plané reſoluunt. Roland. á Vall. *conſ.* 58. *num.* 6. *lib.* 2. *&* *conſ.* 69. *num.* 17. *lib.* 3. Tiraquell. *de retract. lignagier*, §. 2. *gloſſ.* 1. *num.* 20. Matienç. *in l.* 3. *tit.* 16 *gloſſ.* 3. *&* *in l.* 9.

l.9.tit.17.gloss.4.lib.5.Recopilat. & quod talia instrumenta publica inducant euidentissimam probationem scripserunt, Decius, *in cap.licet causam, notabil.13.de probation.* Bald.*in l.quoties, in fine, C. de iudicijs,* Cephal.*cons.4.num.21.lib.1.* Roland. *cons. 85 num.39.lib.1.* Riminald. *in l.si vnus, §. pactus ne peteret, num.236.ff.de pactis,* & per dictum textum *in dict.cap. licet,* Paris.*cons.140.num.64.cum sequent. volum.1.*

12 ¶ Et comprobatur per textum in *cap. cum olim, de censibus, in fin.* in illis verbis: *Patebat expresse,* quem ad id notant Anton.de Butrio, & Abbas, ibidem dicentes, quod instrumentum probat expresse, nedum ea, quæ verbis ipsius cõtinentur, sed ea, quæ ex mente per consequentiam veniunt.

13 ¶ Et conducit vulgaris conclusio, quod instrumentum dicitur probatio probata, de qua post Baldum, & multorum relationem, Dom. Valençuel. Velazquez, *cons.169.num.104.* videndus *cons.150.num.31.*

14 ¶ Contra estos instrumentos ha querido prouar doña Maria, que de los dichos tres mil ducados tan solamente recibio don Fernando el oficio de Regidor, para lo qual en la pregũta quarta articuló, que los padres del dicho don Fernando se quedaron con todos los demas bienes, pero no lo prueua, ni los testigos concluyen la pregunta como era necessario para contrastar los dos instrumentos, y confession geminada que tienen cõtra si.

15 ¶ Los testigos que sobre esta pregunta presentò doña Maria son ocho, Maria Delgado, Maria de Santiago, Quiteria Ramos, y don Luys de Monsalue, dizen auer oydo a la dicha doña Maria de Piedrola, y a don Fernando su marido, no auerles entregado mas bienes que el oficio de Regidor.

16 ¶ Francisco Delgado, y don Gaspar Maldonado auer visto al dicho don Fernando posseer el oficio de Regidor, y no saben que se le ayan

 entrega-

entregado mas bienes. ¶ Bernabe Fernandez, que conocio muy bien los bienes que posseia Antonio de Merida, y doña Maria Chacon, y nunca ha sabido que se ayan desposseydo de mas bienes que del dicho oficio de Regidor.

17 ¶ Bien claro se colige de la contextura de estas deposiciones quan friuola e inutil es la prouança de la A. pues los quatro primeros testigos dizen de oydas a doña Maria de Piedrola, y a don Fernando, a los quales no se les deue dar credito, ni atender a sus dichos.

18 ¶ Lo vno, porque deponen de oydas, *ad textum in l. testium, C. de testibus, cap. in primis 2. quæstion. 1. cum vulgatis, l 28. tit. 16. part. 3.* latè Farinacius, *de testibus, quæst. 69. cap. 1. num. 2.*

19 ¶ Lo otro, porque como no se atendiera a la deposicion de doña Maria, y don Fernando, no se deue hazer caso de los que los dan por autores, ex textu in *cap. licet ex quadam 47. de testibus,* in illis verbis: *Cum satis videretur absurdum illos admitti, quorum repelerentur authores.*

20 ¶ Ni tampoco se deue hazer caso de los dichos de Francisco Delgado, y dõ Gaspar Maldonado, porque en suma vienen a concluyr que no saben se les aya entregado mas bienes que el oficio de Regidor: porque quando el testigo depone per verbum, *nescio*, no prueua: vt in terminis post Mãtica, resoluit Farinac. *de testibus, quæst. 68. §. 1. num. 13.* vers. *Et de teste.*

21 ¶ Y la razon es euidente, porque biẽ se compadece no auerlo sabido estos testigos, & tamen auerse entregado con efeto, con que no cõcluyen per necesse, que es preciso para induzir prouança, ex *cap. in præsentia, vbi interpretes, de probationibus, & l. non hoc, C. vnde cognati*, ex multis Farinac. *dict. quæst. 68. nu. 3.* nec enim probat hoc esse, quod ad hoc contingit abesse, *l. neque natales, C. de probation.* & hoc sufficit, vt eorum testimonio fides non adhibeatur, docuit ex pluribus Farinac. *dict. quæst. 68. num. 4.*

Berna-

22 ¶ Bernaue Fernandez en quanto dize que ha visto posseer a Antonio de Merida todos los bienes excepto el oficio de Regidor es singular, y no tiene conteste, con que son a proposito aquellas palabras *del capitulo licet ex quadam de testibus: cum secundum ordinem solitum iudiciorum, non sufficiat vnius testis assertio, etiam si præsidali refulgeat dignitate, &c.*

23 ¶ Y tambien parece equiuocacion, porque quando sin perjuyzio de la verdad lo fuera el auer posseydo los bienes donados los padres de don Fernando, seria en nombre de don Fernando, maxime, no declarando el testigo que los arrendauan para si, o percebian los frutos de ellos, que son los medios con que se prueua la possession, vt per Mascardum, *de probation. conclus. 1285. cum seqq.* que tambien carece de la especificacion de estos actos la deposicion de el dicho Bernaue Fernandez.

24 ¶ Con que esta primera excepcion queda en su fuerça y vigor sin embargo de lo que contra ella se ha opuesto, porque no ay prouança que le impugne.

Segunda Excepcion.

25 ¶ La escritura de transacion en que principalmente constituye su defensa don Francisco, se otorgó en veynte de Diziembre de el año de 21. auiendo muerto Antonio de Merida, padre comun, en que concurrieron don Francisco, don Fernando, don Antonio, y don Iuan, hermanos, y doña Maria de Piedrola, muger de don Fernando. Haziendo relacion de la escritura que otorgaron en quinze de Mayo de 607. Antonio de Merida, y doña Maria Chacon, y sus hijos en fauor de don Francisco, en que le mejoraron por via de tercio y quinto en quatro mil ducados. ¶ Y de la que hizieron despues por el año de 13. en fauor de el dicho don Fernando, prometiendole tres mil ducados. ¶ Y como los bienes que auian quedado por

muerte

muerte del dicho Antonio de Merida no eran bastantes para pagar y cumplir lo prometido en dichas escrituras.

26 ¶ Y porque se esperaua tener muchos pleytos y diferencias entre los dichos otorgantes, y por escusar las costas y gastos que en ellos se podian recrecer, y conseruar la hermãdad que entre ellos auia auido, se conuinieron en que cada vna de las partes lleuasse los bienes que por la dicha transacion se le assignaron, y en especial a el dicho don Fernando se le señaló el oficio de Regidor que tenia recebido, contentandose por sus legitimas, y demas derechos que le pudieran pertenecer con el dicho oficio.

27 ¶ Y la dicha doña Maria de Piedrola, estando presente, con licencia de don Fernando otorgò y aprouò esta escritura haziendo dos juramẽtos. El vno de obseruar y guardar la escritura juntamẽte con todos los otorgantes. Y el otro indiuidual de no yr contra lo contenido en la dicha escritura en ningun tiempo, alegando ni reclamãdo menor edad, temor, fuerça, ni induzimiento.

28 ¶ El primero efecto de esta escritura de transacion, es auer induzido nouacion de la escritura de capitulaciones, otorgada el año de 13. en que funda su demanda doña Maria, vt tradunt Gozadino, cons. 38. num. 9. vers. *Secundo considero*, Et num. 12. vers. *Non obstant contraria*, per textum, *in l. siue apud acta, & l. si profundo, C. de transaction. & l si instrumenta. 27. ff. eodem*, Ronche Gall. *in l 3. in princip. num.* 19. vers. *Videtur tamen, de duobus reis*, Menoch. *lib. 3. præsumpt.* 134. *num.* 42. Decius, *cons.* 400. *viso eleganti, num.* 9. & 10. vers. *Per sententiam arbitralem*, Anton. Gabril, *de nouation. conclus.* 1. *num.* 61.

29 ¶ Quasi transactio sit distractus, in quantum est promissio, *l. quamuis, C. de transaction.* Bald. *in Rubric. extra eodem tit. num.* 10. & 11. versic. *Non quid transactio.*

30 ¶ El segundo efecto que resulta desta transaction es, que doña Maria no puede boluer a reasumir,

reasumir, ni suscitar el derecho de la escritura del año de treze, por auerlo renunciado en esta transacion, ex eo quod non datur regressus ad ius renuntiatum, *l quæritur, §. si venditor, ff. de ædilit. edict. l hærenius, in princip. ff. de euiction l. nihil, §. omnibus, ff. de legat.* 1 *l. si maritus, §. si negauerit, ff. ad leg. Iul. de adult. l non videtur, §. si quid in fraudem patroni, l. homo liber,* ibi: *Non reuertitur ad statum, à quo se abdicauit, ff. de statu homin. l post diem, ff. de lege commis. l.* 1. *§. qui semel, ff. de succes. edict. l. si consensit, in princip. l. Titius, ff. quibus mod pign. vel hipothec. soluit. l. si iudex, ff. de minoribus, l. si quis ius iurandum, C. de iur. iurand.* vbi ita scribitur: *Satis enim absurdum est, reddire ad hoc cui renuntiandum putauit, &c. l. cum donationis, l. actione, l. cum mota, C. de trāsaction l. cum quidam, §. fin.* vers. *Quod enim semel repudiatum, C. de condition insertis, l. penultim. l. postquam litis, vbi Doctores, C. de pactis, l. fin.* ibi. *Et suam abdicationem repudiare, C. de repudiand. hæreditat. §. si quis itaque, Instit. de bonor. posses. cap.* 1. *§. præterea quibus modis feuda amittuntur, cap.* 1. *de eo qui finem agnat. fecerit, cap. cum inter. vbi gloss. de election. cap. ex transmissa, de renuntiatione,* & ibi notat Baldus.

31 ¶ El tercero efeto, que doña Maria quedó obligada a la obseruancia de esta transació, sin que la pueda impugnar, reclamar, ni contradezir por los textos vulgares en la materia de transaciones, *in l. quamuis, & in l. cum te* 5. *& in l. fratris* 10. *C. de transaction cum similibus, & in l.* 4 *tit.* 21. *lib.* 4. *Recopilat. ad fin.* ibi: *Y esto mismo mandamos que se haga y execute en las transaciones que fueren hechas entre partes por ante escriuano publico,* copiose in terminis de obseruantia transactionis plura cōgerens Dom. Præses Valençuela Velazquez, nunc autem meritissimus Episcopus Salmanticensis, *2. tom. cons.* 175. *à num.* 29. *cum sequent. D. Larrea, decis. Granatens.* 68. *per totam.*

32 ¶ Maximè auiendola jurado, ex textu *in cap. cum contingat, de iur. iurād. cap. quamuis pactum, de pactis in* 6. *cum vulgatis, Gregor. Lop. in l.* 4. *gloss.* 1. *tit.* 11. *part.* 4. Anton. Gomez, *in l.* 53. *Taur. num.* 66.

vers. *Sextus est*, Ioan. Gutierr. *de iuram. confirm. 1. part. cap. 3. à num. 2 cum sequentib.* Palacios Rubios, *in Rubric. de donation. inter. §. 4 dum. 1.*

33 ¶ Y tambien procede lo dicho con mas fuerça por auer sido esta transacion entre madre y hermanos, y personas tan conjuntas, cuya concordia ama tanto la ley, vt probat textus *in l. si id quod, §. si quas serui operas ff. de donat. inter. l. cum pater, §. dulcissimis, ff. legat. 2.* ibi: *Cum discordijs propinquorum sedandis prospexerit*, & tradunt Decius, *cons. 445. num. 3*, Iason, *cons. 236 lib. 2. num. 6.*

34 ¶ Et hinc prouenit auer estatutos en Italia que obliguē a comprometer los deudos los pleytos, y son estatutos justos, y admitidos por tales, & fauorabilis interpretationis, vt tradit Bart. *in 1. constitutione Codicis*, Castrensis, *in l. qui se patris, num. 10. C. vnde liberi*, & per textum *in l. fin. C. famil. erciscund.* & ex alijs obseruat Alderanus Mascardus, *de statutis, conclus. 4. num. 141. & sequent.*

35 ¶ A que se junta el equipararse el cōtrato de transacion a la cosa juzgada, *l. non minorē, C. de transaction. l. 1. C. de errore calculi, l. eleganter, §. si quis post, ff. de condit. indebiti, cap. 1. de litiscontestat. in 6.* Rolandus, Cephalus, Socin. quos refert Gratian. *tom. 2. disceptat. cap. 400. num. 27.* Cabreros, *de metu, lib. 2. cap. 18. num. 27* vt quemadmodum, aquella se deue obseruar, y no se puede impugnar, ita similiter la transacion, vt ex pluribus notauit Dom. Valençuela, *dict. cons. 175. numer. 40. & sequent.* Dom. Larrea, *dict. decis. 78. num 6.*

36 ¶ Y no obstará si se opusiere, que en rigor no fue este contrato de transacion, supuesto que no se auia mouido pleyto, ni estaua pendiente entre las partes.

37 ¶ Porque esto se excluye facilmente, con que para que se diga transaciō, y obre los mismos efetos, lo mismo es que se espere tener pleyto, que estar ya pendiente: textus est id expresse probans *in l. 2. C. de transaction.* vbi Imperator Antoninus, in hæc verba: *Cum te proponas cum sorore tua de*

hæredi-

hæreditate transegisse, & ideò certam pecuniam ei te debere cauise, etsi nulla fuißet quæstio hæreditatis, tamen propter timore m itis, transactione interposita pecunia recte cauta intelligitur, & præter ordinarios super hunc textum notant Paris. *cons.32.num.18.lib.1. glöß & DD.in l.1 ff.de transact.* Socin.iunior, *cons.98.num.2.& 14. lib.2.* Natta, *cons.548.num.13.* Iason, *in dict. l.1. nu. 15.* vbi inquit sufficere rem esse dubiam ratione litis motæ, vel mouendæ, Mantica, *de tacitis, & ambiguis conuent lib.26.tit.1.num.16. vbi ad finem numeri,* ita subijcit: *Fatendum est etiam de substantia transactionis, non eße necessarium litem existere, vel motam fuisse, sed sufficit rem esse dubiam, ita vt lis moueri poßit, l. de fideicōmisso, l. de alimentis, C. de transaction. &c.* Paris. *cons.32. num.18.lib.1.* Alexand. Ludouis. *decis.149.num.2.* Seraphin. *decis.638.num.7.* vbi dicit: *Solam suspitionē litis sufficere,* Stephan. Gratian *disceptat.forens.tom.2. cap.400.num.25. & tom.3. cap.476.num.3. & tom.5. cap.863.num.1.* vbi plures conuocat Cabreros, *de metu, lib.2.cap.18.num.6.* vers. *Ad transactionem.*

38 ¶ Et in occurrēti specie, vltra de que las partes reconocieron que se esperaua auian de tener pleytos, vt constat ex ipsa scriptura, fol. 6. ibi: *Y se espera tener muchos pleytos y diferencias entre los dichos otorgantes, &c.*

39 ¶ Eran ineuitables considerādo que venian a concurrir y a encontrarse los dos hermanos don Fernando y don Francisco en dos derechos y pretensiones opuestas.

40 ¶ Por la escritura de promessa de el año de 607. pretendia don Francisco estar mejorado en el tercio y quinto de los bienes de sus padres; y auersele de dar quatro mil ducados en las possessiones que el eligiesse, como consta de la dicha escritura de mejora que se ha presentado, y el oficio de Alferez mayor de la ciudad de Loxa, que tambien se le prometio, *escritura de transacion, fol.3.*

41 ¶ Por la otra escritura, otorgada el año de 613. don Fernando y doña Maria pretendian se les auian de dar tres mil ducados en vn oficio

cio de Regidor de dicha ciudad, y otros bienes por via de legitima paterna y materna, y lo que faltasse para el cumplimiento de los dichos tres mil ducados por mejora de tercio y quinto, vt constat ex ipsa scriptura, *Roll. fol. 4. B.* con que a no auerse conformado, cōtentandose y conuenido en el modo que se enuncia en la transacion, el litigar era preciso sobre qual de las mejoras auia de preualecer, y tenerse por valida, en exclusion de la otra, y parece que no se podia dar medio, o que el litigar era preciso, o la conueniencia.

42 ¶ Ni tampoco contra la firmeça de esta transacion nos ha de obstar el medio con que intenta doña Maria impugnarla: videlicèt, la fuerça y miedo que ha querido prouar interuino para que la otorgasse.

43 ¶ Porque aunque cōfessamos, quod transactio metu facta nullius sit momenti, iuxta textum *in l. furti, §. qui iussu, de his qui notantur infamia, & in l. interpositas 13. C. de transact. & in l. si donationis 7 & in l. fin. C. de his quæ vi met. ve caus.*

44 ¶ Para elidir este medio tiene esta parte en su fauor, y contra doña Maria. ¶ Lo primero, que esta accion de miedo que aora ha intentado està prescripta, porque la accion de miedo de iure ciuili, licet duret triginta annis aduersus inferentem metum, tamen quando proponitur cōtra eum qui metum non intulit, solum durat decem annis inter præsentes, *l. si vi, vel metu, C. de his quæ vi metus, ve causa,* iunct. gloss. verbo, *longe,* & verbo, *munitus,* Dinus, & Bartolus, & cæteri ibidem Tiraquell. *de retract. lignagier, §. 1. gloss. 10. num. 14.* Sarmiento, *lib. 2. selectar. cap. 11. num. 8.* Vincentio de Anna, *singulari 341.* Petrus Surdus, *cons. 513. nu. 48. lib. 4.* additio ad Molin. *lib. 4. cap. 9. super num. 37. vers. Et hinc est,* Cabreros, *de metu, lib. 1. cap. 10. num. 10. vers. Sit secunda conclusio,* Ruino, *cons. 113. nu 9. lib. 2.*

45 ¶ Y la escritura en cuyo otorgamiento alega doña Maria auer interuenido miedo, se

hizo

hizo el año de 621. y don Francisco de Merida, contra quien se ha opuesto la demanda, no fue el que induxo el miedo (quando fuera cierto auer interuenido) con que auiendo passado veynte y vn años desde el otorgamiento del contrato a la demanda, y no siendo don Francisco autor, ni causa eficiente del miedo que se supone, llanamente se reconoce que la accion està prescripta y extinta.

46 ¶ Lo segundo, que aunque en la 6. y 7. pregunta doña Maria articulò fuerça, miedo, y malos tratamientos de don Fernando para que otorgasse esta escritura, no tiene prouança bastante, ni de la manera que se requiere.

47 ¶ Los testigos que se han presentado en estas preguntas para prouar la fuerça y el miedo son ocho, los quatro de ellos varones, que son, don Luys de Monsalue, Francisco Delgado, don Gaspar Maldonado, y Bernaue Fernandez, a estas preguntas no responden ni dizen cosa a cerca del miedo. Y Bernaue Fernandez, que es el vltimo, solo dize, que fue publico en la ciudad de Loxa que doña Maria fue engañada en el concierto.

48 ¶ Los otros quatro testigos, Maria de Santiago, Maria Delgado, Quiteria Ramos, y Ana Gomez, lo que en substancia deponen es.

49 ¶ Maria de Santiago de oydas disgustos entre doña Maria y don Fernando, y que vio por el año de 21. que entrando en casa de està testigo doña Maria, por ser vezina suya, llorando, y aflixida, le dixo a esta testigo como su marido le daua muy mala vida, y malos tratamientos porque no queria otorgar la escritura de transacion, y despues de pocos dias supo la testigo que malpariò vna niña de siete meses, y que fue la causa las pesadumbres de don Fernando, y que desde que passó esto le ha oydo quexarse de que le forçaron a hazer la transacion.

50 ¶ Maria Delgado oydas del concierto, y vio como vezina que es de doña Maria los malos tratamientos que le hazia don Fernādo, y que

mouiò la criatura, y oydas a doña Maria como fue forçada a el otorgamiento de dicha escritura.

51 ¶ Quiteria Ramos dize lo mismo que las otras dos en quanto al concierto, y sabe mal pariò vna niña, y de vista malos tratamiétos y disgustos, y que muchas vezes la testigo, como vezina, oyendo que reñia don Fernando con doña Maria, los fue a meter en paz, y que doña Maria lloraua por los malos tratamientos que le hazia su marido, y tiene por cierto fue forçada al otorgamiento de dicha escritura.

52 ¶ Ana Gomez dize, que ha estado siruiendo a doña Maria desde niña, hasta que se casó la testigo, y que vio tenia muchas pesadumbres don Fernando con doña Maria, y que el se leuantaua algunas vezes a media noche de la cama riñendo, y se yua aquella hora fuera de casa, y que malpariò doña Maria vna niña, y nunca supo la causa de estos disgustos, y le parece aurá que passo lo que dexa dicho catorze años, poco mas, o menos.

53 ¶ La primera objeccion que se nos ofrece contra esta prouança es, que estas tres mugeres casi dizen per eundem præmeditatumque sermonem: y es digno de reparo, que despues de veynte y vn años depongan con tantas circunstãcias y particularidades vsando de terminos que hombres muy aduertidos, y de muchas noticias, aun no saben bien el significado de ellos, y estan puestas y formadas sus deposiciones, de tal manera que por la estructura de ellas parecẽ mas dichos hechos a posta, que dichos de mugeres.

54 ¶ La segunda, que de estas deposiciones no resulta miedo prouado in specie, porque no declaran que malos tratamientos, que disgustos eran los que hazia don Fernando a su muger, & probare in genere metum, non sufficit, nisi in specie probetur qualitas metus illati: secundum glossam *in l. interpositas*, in verbo, *nec tamen*, *C. de transactionib.* vbi Bald. *num.* 2. vers. *Item nota, quod nõ sufficit*

ſufficit, Alexand. *poſt num. 2. in 2. notabili*, Aretin. *num.* 6. Saliceto, *num.* 1. *verſ. Item, quod metus*, vbi propterea infert metum comminatum debere eſſe certi periculi, Roman. *num.* 2. Riminald. *num.* 3. Vincentio de Anna, *ſingulari* 341. Maſcard. *de probation. concluſ.* 1051. *num.* 12. Farinac. 2. *part. fragmentor. de probatione metus, num.* 168. Cabreros, *de metu lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 15.

55 ¶ Et hoc quidem maxima ratione procedit: porque como ſe podrà hazer juyzio ſobre ſi el miedo fue baſtante para anular, o reſcindir el contrato, ſi fue juſto, o vano? quod vtique neceſſarium eſt, iuxta textum *in cap. veniens el 2. in fin. extra de ſponſalibus, & in cap. conſultatione, in fin. eodem tit. & in l. metus autem, ff. quod metus cauſa, & in l. vani timoris, ff. de regul. iur. & in l. metum 9. C. de his quæ vi metus ve*, ibi: *Metum non iactationibus tantum, vel conteſtationibus, ſed atrocitate facti probare conuenit*: & probat ex innumeris quos glomerat Farinac. 2. *part. fragment.* verbo, *metus, num.* 63. ſi no es eſpecificando los actos y acciones inductiuas de el, para diſcernir ſi fueron tales que pudieron cauſarlo.

56 ¶ La tercera, que aunque eſtas tres teſtigos dizen, que los malos tratamientos y diſguſtos eran porque otorgara la eſcritura doña Maria, no ſon ciertas ſus depoſiciones, y ſe hazen totalmente inueroſimiles por lo que dize Ana Gomez, vltima teſtigo, preſentada por la dicha doña Maria, la qual, aunque declara que eſtuuo en ſu caſa deſde muchacha haſta que ſe casò, y por aquel tiempo lo eſtaua, dize que le hizo malos tratamientos, pero que nunca ſupo la cauſa de ellos. Si la que eſtaua dentro de caſa no ſupo ni entendio la cauſa deſtos diſguſtos, como la pudieron ſaber las que viuian fuera de ella? Porque no parece que lleua camino el ignorarla eſta, y ſaberla aquellas, y pudo ſer que ſi por aquel tiempo tuuieron algunos diſguſtos fueſſen por otras cauſas que no era tan faciles manifeſtarlas, como la de la tranſaciō, porque eſta vna, o otra vez ſe expreſſara, como coſa

cosa que no importaua el saberse.

57 ¶ Y aunque dizen estas testigos que tuuo vn mal parto doña Maria la vna, que es Maria de Santiago, dize de oydas doña Maria que fue por causa de los malos tratamientos: la otra, que es Ana Gomez (que era la que estaua dentro de casa) dize no sabe la causa del mal parto, y como de esto suelen ser tantas, sin que las ocasiones, los disgustos, no concluyendo los testigos que vieron los malos tratamientos, y la calidad de estos, y el efecto de el mal parto, consecutiuo e inmediatamente a ellos, no se infiere que si huuo mal parto fueron la causa ellos, porque antes se ha de atribuyr a otras causas que regularmente las ocasionan, que a la de los malos tratamientos (no estando concluyentemente prouado como se ha dicho) vt colligi potest ex traditis à Rebuffo, 2. *tom. ad leges Gallicas, in tract. de rescis. contract. gloss.* 22. *num.* 7. & á Mogollon, *de metu, cap.* 10. §. 2. *num.* 4.

58 ¶ La quarta, que vienen a ser testigos singulares, porque en el tiempo, lugar, y actos no contestan, y aunque por ser el miedo de dificultosa prouança, y serlo preuilegiado, en ella se admiten testigos singulares: vt ex Croto, Surdo, & alijs animaduertit Cabreros, *lib.* 1. *de metu, cap.* 9. *num.* 9. esto se ha de entender quando el pleyto se trata aduersus inferentem metum: pero quando se trata contra terceros, como don Francisco, y su hijo, que no hizieron la fuerça, ni la supieron, ni se prueua, ni alega contra ellos que ayan sido participes en ella, tunc metus concludentissimis probationibus eget, ita Boerio, *decis.* 101. *num.* 9. *ad finem*, Craueta, *cons.* 120. *num.* 6. *&* *cons.* 253. *num.* 7. *vers. Ex quibus.*

59 ¶ La quinta, porque esta prouança verè està destituyda de toda verosimilitud y discurso racional: porque de que se otorgasse esta escritura, no venia a tener vtilidad y aprouechamiẽto particular don Fernando, mas que conseruar la paz entre su madre y hermanos, y que se guardasse

se igualdad en la diuision y repartimiento de los bienes de su padre entre todos, cosa que el derecho con grande instancia procura se obserue, especialmente entre los hermanos en semejantes diuisiones, *l. si maior*, vbi Bald. *num. 1. C. commun. diuidund. l. cum pater, §. edictis, ff. de legat. 2. l. illud, in fin. l. vt liberis*, vbi Decius, *num. 3. C. de collationibus, l. fin. C. communia vtrisque iudic. §. illud quoque*, vbi Angel. *in Authent. de nuptijs*, Decius, *in l. 1. num. 2. C. vnde liberi*, Bald. *in Authent. ex testamento, num. 3. C. de collation. & in l. qui in Prouincia, §. Diuus, num. 12. ff. de ritu nuptiar.* Cephal. *cons. 56. num. 36. lib. 1.* Socin. iunior, *cons. 128. num. 44. lib. 1.* & ex pluribus Dom. Valençuel. Velazquez, *cons. 129. num. 1. & 3. cum sexequentibus.* Marco Antonio Eugenio, *cons. 62. num. 40. & sequent. & cons. 68. num. 12. & 87. num. 17. lib. 1.*

60 ¶ Ni doña Maria, re & substantia, venia a padecer daño ni lesion alguna: porque del renunciar el derecho de la escritura, de que aora se vale, no se puede considerar perdida, ni diminució de su dote ni patrimonio, ni en el de su marido, si se aduierte que don Francisco de Merida (como se ha referido) tenia escritura de donacion irreuocable de tercio y quinto, en que le auian mejorado sus padres desde el año de 607. muchos años antes que la de don Fernando, con que necessariamente se auia de preferir llegando a tela de juyzio al dicho don Fernando, assi por la anterioridad, como porque de aquel matrimonio, en cuya contemplacion se hizo la mejora a don Francisco, le quedarõ hijos, y los tenia quando se hizo la promessa a don Fernando; como se prouará en la vltima excepcion.

61 ¶ Si pues ni don Fernando tenia vtilidad, ni doña Maria recebia daño, porque auia de violentarle y forçarle la voluntad por medios injustos y culpables? Fuera verosimil el vsar de estos si huuiera de conseguir algun emolumento, porque regular y comunmente los malos tratamien-

tos de los maridos a las mugeres proceden quando tratan de venderles su dote, de que los fien en censos, o que les hagan algunas donaciones, y cócurran en las ventas de sus bienes, renunciando el derecho de la hipoteca para no poder tener despues recurso a ellos, y en estos casos comunmente hablan los Doctores, y tiene color y verosimilitud la fuerça, pero no en el nuestro, donde falta el fin del interesse.

62 ¶ Y no se deue hazer poco caso de esta quinta ojebcion que acabamos de ponderar, porque tiene en su apoyo vna conclusion juridica que la esfuerça grandemente: videlicet, quod inferens metum conueniri non potest actione, quod metus causa, nisi vltra probationem illati metus probetur etiam, quod vtilitas & commodum peruenerit ad ipsum qui metum intulit, quam amplectuntur Alberic. *in l. si cum exceptione, num. 6. ff. quod metus causa*, Roland. post Bart. Decium, & Marsil. *cons. 45. num. 33. lib. 1.* Sebastian Medicis, *de casibus fortuitis, part. 1. quæst. 7. num. 63.* Mascard. *de probation. conclus. 1051. num. 13.* Farinac. *2. part. fragment.* verbo, *metus, num. 22.*

63 ¶ Et non longe abest en fauor de la misma ojebcion, que por auer sido el fin principal de otorgar esta escritura la conseruacion de la paz y concordia entre la madre y hermanos, y ser cosa tan justa (como se ha dicho) quãdo dieramos que huuiera interuenido algun miedo, no auia de obrar este nulidad, o rescision de el contrato. porque quando id quod fit metu esset de se iustum, & licitum, neque anullatur, nec rescinditur contractus, Claudiano de Seysel, *in l. interpositas, num. 5. C. de transaction.* Socin. iunior, *cons. 77. num. 7. & sequent. lib. 1.* Paul. Paris. *cons. 5. num. 172. & sequent.* Roland. *cons. 83. num. 18. & sequent. lib. 2.*

64 ¶ La sexta objeccion cõsiste, en que auiendo assistido y concurrido en el otorgamiento de la escritura tantas personas tan conjuntas, cessa la sospecha y presuncion de miedo, cum ex præsen-

præsentia consanguineorum affinium, & coniunctorum, seu amicorum cessat præsumptio metus in actu, seu contractu, *l. transactionem la 2. C. de transaction* vbi Bart. & DD. ibidem Cagnolo, *in l. in omnibus causis, num. 8. ff. de reg. iur.* Menoch. *lib. 3. præsumption. 128. num. 1. & sequent.* plures conuocans ex multorum relatione Farinac. vbi proximè num. 149.

65 ¶ Y por lo menos esta assistencia de muchas personas, o sean cõsanguineos, o amigos, o conjuntos, obra, que la prouança que en contrario del miedo se hiziere, se admita, solo quando es apertissima, o muy concluyente, ad text. *in l. non est verisimile, ff. quod metus causa, gloss. in dict. l. transactionem*, in verbo, *improbitatem, C. de transaction.* vbi Bald. *post num. 1.* Paul. de Castro, *num. 1. & 2.* Salicet. *num. 2.* Alexãd. *num. etiam 2. vers. Nam propter,* Aretin. *ante num. 1.* Farinac. post hos & alios, *dict. 2. part. fragment. num. 162.*

66 ¶ Y aunque se podrà replicar contra esta conclusion, que los consanguineos, de que hablan los lugares alegados, se han de entender de los que lo son de la persona que padece el miedo.

67 ¶ Se responde, que Farinacio, que junta los Doctores que proponen la conclusion, no lo dize con essa distincion, y quando se huuiesse de entender precisamente, quoad cõsanguineos en esta forma, tambien la conclusion corre respectu affinium, vt probat Menoch. *dict. præsumpt. 128. num. 1.* ex pluribus quos ibi congerit, y el texto en la *l. transactionem*, loquitur de amicis: porque no se puede dudar que los cuñados y suegra se deuen anumerar entre ellos.

68 ¶ A que se junta, que los testigos de doña Maria no dizen que en el acto del otorgamiẽto estuuo con semblante de que se pudiesse colegir que assistia forçada, ni demonstracion, o señal de disgusto, que es a lo que regularmente se atiende para inferir, o colegir el miedo, o fuerça: porque aunque esta consiste en el acto interior de la

volun-

voluntad, y dificultosamente se puede conocer, con todo esso es dificil el disimular su cōtradiciō, y en el semblante, y en otras acciones de tristeza lagrimas, y mouimientos semejantes, se reconoce la resistencia interior, la qual las mugeres ni sabē ni quieren disimularla: ni nada de esto està prouado, ni aun alegado en el pleyto, y assi viene a estar defectuosa la prouança en la deposicion del mesmo acto del otorgamiento, que era de donde se auia de tomar la verdadera noticia y conocimiento, sobre si fue violento, o voluntario.

69 ¶ La septima ojebcion que excluye totalmente este miedo supuesto, es el silencio y taciturnidad de veynte y vn años que ha que se otorgò la escritura, y se ha obseruado; que es el mayor argumento que puede auer de que no interuino: porque no es creyble que huuiera suspendido tanto tiempo el poner la demanda, de que no serà euasion el dezir que duraua la causa viuiendo su marido: porque esto fuera a proposito si despues de muerto pusiera la demanda, y se le hiziera esta ojebcion: però adhùc viuente marito no es releuante, porque como no le ha obstado aora, tampoco le pudiera auer obstado antes.

70 ¶ Y por lo menos, quando este largo silencio no obre el argumēto que sacamos ad omnimodam exclusionem metus (quando fuera cierto que le huuo) ha de obrar purgacion de el, y ratificacion de el contrato: vt probant in terminis Decian. *cons.* 16. *num.* 6. *& sequent. lib.* 1. Parisi. *cons.* 10. *num.* 60. *volum.* 1. Boerio, *decis.* 100. *numer.* 17. Cardinal. Tusch. *practicar. conclus.* verbo, *metus*, *conclus.* 217. *num.* 19. *&* 20. Socin. *cons.* 4. *num.* 12. *volum.* 3. Decius, *cons.* 219. *num.* 8.

Tercera Excepcion.

71 ¶ Para que se vea quan sin fundamēto procede la demanda de doña Maria en quanto preten-

pretende que don Francisco sea condenado a que le pague mil y ochocientos ducados con sus interesses, es necessario, aunque nos dilatemos, proponer por extenso la obligacion y clausulas de la escritura, en virtud de que pone la demanda doña Maria (que es el texto por donde se ha de gouernar su justicia, y determinacion de este pleyto, quã do lo que queda dicho no preponderé el concepto de V. S.) que ella dará a entender como no es possible que pueda auer condenacion contra don Frãcisco, sin que precedan cuentas y particion de los bienes de sus padres, y deduccion del tercio y quinto, para que si adjudicadas ambas legitimas a don Fernando, y el tercio y quinto, viniesse a faltar alguna cantidad cumplimiento a los tres mil ducados de la promesa, esta se ha de ratear entre don Iuan y don Francisco, por no auerse obligado ninguno insolidum.

72 ¶ El tenor de la escritura es como se sigue. Auiendo hecho relació en la entrada de ella, como don Fernando estaua tratado de casar con doña Maria de Piedrola, Antonio de Merida, y doña Maria Chacon sus padres dizen se obligan en la manera siguiente.

73 ¶ *Lo primero, los dichos otorgantes se obligaron de dar desde luego, para quando se aya celebrado el dicho matrimonio, y dan a el dicho don Fernando su hijo, a cuenta de las legitimas paterna y materna tres mil ducados, que valen 1.q.125U. marauedis en vn oficio de Regidor de esta ciudad, y en vn esclauo, y en censos, bienes, y oliuares, dineros, apreciados en su justo valor por dos personas, vna puesta por cada parte, que si los dichos tres mil ducados excedieren de la cantidad que a el dicho don Fernando de Merida le pertenecen, o pueden pertenecer de las dichas sus dos legitimas, la demasia y excesso de ellos se la dan por via de mejora de tercio y remaniente de quinto, o como mejor huuiere lugar de derecho.* Roll.fol.4.B.

74 ¶ Et paulò infra, Roll.fol.5. dize: *Si el excesso de los dichos tres mil ducados fuere mas cantidad que la que a el dicho don Fernando le pertenece del dicho*

tercio y quinto, el susodicho aya y lleue enteramente los dichos tres mil ducados, sin que por ello se le quite cosa alguna, para cuyo efecto los dichos señores don Francisco de Merida, y don Iuan de Merida y Chacon nuestros hijos, lo auràn por bien, y consentiràn que a ellos se les quite y desalque de sus legitimas la dicha demasia y excesso.

75 ¶ Y auiendo, pauló infra in eadem scriptura, don Francisco y don Iuan declarado, que sobre los mismos bienes que sus padres auian señalado los tres mil ducados a don Fernando, no les auia hecho mejora, ni entrego, y en caso que las huuiesse hecho las renunciauan, dize estas palabras: *E quieren, y consienten, que sin embargo de ello el dicho don Fernando de Merida su hermano aya y lleue de los dichos sus padres los tres mil ducados que por esta escritura le han prometido y obligadose a darle para contraer el dicho matrimonio, aunque por razon de lleuarlos vaya mejorado el dicho don Fernando de mucha mas cantidad de la que conforme a derecho los dichos sus padres le podian dar, e mandar en vida, o en muerte: porque en caso que la dicha mejora sea con mas excesso que la que el derecho permite, los dichos otorgantes han por bien, y consienten, que esta demasia se les aya de quitar y quite a ellos de los bienes que les pertenecen, o pueden pertenecer de las legitimas de los dichos sus padres.*

76 ¶ Et prosequitur dicens: *E prometieron, y se obligaron de no pedir, ni demandar cosa alguna a el dicho don Fernando su hermano, ni a sus herederos ni sucessores en razon de los dichos tres mil ducados, y bienes, que para pagarselos se le entregaren, so pena de no ser oydos en juyzio, ni fuera de el, y que sean condenados en costas sobre lo que intentaren.*

77 ¶ Ex his verbis satis apparet, que dõ Francisco, y don Iuan su hermano no quedaron obligados a pagar los tres mil ducados, como se dá a entender por la demãda de doña Maria, si no que los padres de don Fernando le auian de dar los dichos tres mil ducados, computandolos en primero lugar en las legitimas paterna y materna, y en el tercio y quinto en que le mejorauan. Y para en caso

caso que con lo vno y lo otro no se pudiessen cumplir, lo que faltasse se supliesse de las legitimas que a don Francisco y don Iuan les pudiera pertenecer, obligandose y prometiendo, a que por razon de ellas, aunque lleuasse mas de lo que le perteneciesse don Fernando, no harian contradicion, ni lo reclamarian.

78 ¶ Por manenera, que la obligacion de don Francisco y don Iuan fue subsidiaria, o condicional, para en caso que con las legitimas paterna y materna, que le tocassen a don Fernando, y cō el tercio y quinto de sus bienes, no huuiesse lo suficiente para llenar los tres mil ducados: porque si con lo vno y lo otro fuesse bastante, no quedaron obligados a cosa alguna. Y en caso de no serlo, a que de sus legitimas se tomasse lo que faltasse, rateandolo entre ambos hermanos igualmente, por no estar obligados insolidum.

79 ¶ Si pues la contextura de esta obligacion es esta, quo iure, quiere doña Maria que se condene a don Francisco de Merida en mil y ochocientos ducados que dize se faltā para los tres mil, si por la escritura no se obligò a pagar de su caudal y patrimonio ni los tres mil ducados, ni cantidad cierta, y sin auer precedido diuision, ni particion de los bienes de sus suegros, para que mediāte ella se ajustasse el valor de las legitimas, y del tercio y quinto, y lo que venia a faltar para cumplir los dichos tres mil ducados.

80 ¶ Vnde, antes de auerse hecho la dicha particion, y deduzidose las legitimas, y tercio y quinto, como se ha dicho, ni ha llegado el caso de demandar a don Francisco, ni tiene accion para pedirle, por ser la obligaciō que el susodicho otorgó incierta, y condicional: hoc est, en caso de no auer bastante cantidad con las legitimas, y tercio y quinto de los bienes de sus padres: vt expresse probatur per textum *in l. decem 116. ff. de verbor. obligat.* donde auiendose obligado Titio a pagar diez, despues Mæuio se obligó a que lo que menos

de

de los diez pudiesse conseguir el estipulante, se lo pagaria, cuya obligacion, in illa specie, de Mæuio, se tuuo por condicional, para que solo pudiesse ser conuenido en aquella cantidad que no se pudiesse cobrar de Titio, ni se le pudiesse pedir cosa alguna hasta tanto que precediesse excusion en los bienes de Titio, vt plané colligitur ex illis verbis: *Sed Mæuius sub conditione debet, sed à Titio exigi non poterit.* Et ibi: *Cum conditio stipulationis deficit, nec Mæuius pendente stipulationis conditione recté potest conueniri. A Mæuio enim antè Titium excusum non recté petetur.*

81 ¶ In quo textu Bart. Alberic. Immol. Paul. de Castro, & cæteri scribentes, van, con que semejante obligacion es condicional, maximè Iason, num. 10. & alijs.

82 ¶ Este texto es muy ajustado a nuestro caso, y a la obligacion en que se funda doña Maria, porque lo que en este texto fue obligacion de dar diez en Titio, in nostra specie fue la obligació en los padres de don Fernando de dar los tres mil ducados. ¶ Y lo que alli prometió Mæuio quantominus à Titio consequi posset, aqui viene a ser la obligacion de don Francisco y don Iuan, que despues de computadas las legitimas, y deduzio el tercio y quinto, si faltasse para cumplir los tres mil ducados de sus legitimas, se supliesse y defalcasse. ¶ Y lo que alli llama excusion para poder conuenir a Mæuio, aqui son las particiones, que necessariamente han de preceder, para que deduzidas las legitimas, y tercio y quinto de los bienes de ambos padres, resulte con certeza la cantidad que deuen suplir ambos hermanos de sus legitimas: o auiendo con ellas, y tercio y quinto, lo bastante para cumplir los tres mil ducados, cesse la obligacion.

83 ¶ Con que circunscripta la transacion, auiendose de gouernar por la escritura de obligacion la determinacion de este pleyto, viene a ser decision indiuidual la de el texto in *dict. l. decem.*

De

84 ¶ De que resulta, nō poder auer condenacion contra don Francisco, porque en la verdad no tiene accion, vsque adhúc, doña Maria para conuenirle: porque si fue condicional la obligacion, vt constat ex dictis, y la condicion no està purificada, por no auer precedido diuision, y particiō, hechose las deducciones de legitimas, constitutū est, non posse agere quasi pendente conditione, *l. cedere diem* 213. *vers. Vbi sub conditione, ff. de verbor. significat. l. sub conditione* 16. *ff. de condition. indebiti, l. hoc iure, ff. de verbor. obligat. dict. l. decem*, cum vulgatis, & obseruant *in dict. l. decem*, interpretes, maximè Raphael Cumano, *num.* 1. *&* 2. *& num.* 6. Iason, *num.* 10. vbi ita subijcit: *Item, quia hic ante conditionem impletam, & sic ante Titium excusum: non videtur esse nata actio, neque petitio; & sic videtur sine actione agere: ergo videtur ipso iure posse per iudicem expelli, l. si pupilli, §. videamus, cum similibus, ff. de negot. gestis.* ¶ Et *num.* 11. vers. *Secundo principaliter*, ibi: *Mæuius non promissit pure, sed sub conditione, si à Titio exequi non poterit: ergo cum incertum sit, an Titius conuentus possit soluere, & sic conditio adhúc pendeat: ergo Mæuius non potest interim conueniri, &c.*

85 ¶ Et inferius, *num.* 19. sic inquit: *Sexto & vltimo nota ex fine textus, quod ista promissio quantominus à debitore consequi possit, demum committitur facta excusione contra principalem debitorem, & nō prius, ratio est in promptu: quia aliter sciri non potest, an principalis possit facere, nisi fiat eius excusio, & sic ista conditio non potest impleri, nisi facta eius excusione: & sic habes ex textu duas regulas. Vnam expressam, aliam à contrario sensu. Prima expressa, & negatiua est, quod qui promissit in subsidium, quantominus à principali consequi possit: non potest conuenire ante principalem excusum.*

86 ¶ Y se haze mas preciso lo dicho si se considera, que es possible que hechas las deducciones de las legitimas, y del tercio y quinto, con el valor de lo vno y de lo otro se cumplan los tres mil ducados, y don Francisco y don Iuan queden sueltos de la obligacion que otorgaron en fauor

de don Fernando su hermano, en que re vera se ajustan las palabras de el Consulto, *in dict. l. decem*, ibi: *Qui an debiturus sit in incertum est.* Y en esta contingécia e incertidumbre ya se vè quan peligroso fuera condenar a dō Francisco, no solo en los mil y ochocientos ducados que pide la otra parte (porque esto no puede ser) pero ni aun a pagar su prorrata despues de hechas las particiones, y computadas las legitimas del tercio y quinto, porque es contingente el ser illusoria esta condenacion, respeto de la possibilidad que se ha ponderado de ser bastante el valor de las legitimas, y tercio y quinto, para la satisfazion de los tres mil ducados, *l. litigatores, §. fin. ff. de receptis arbitr*, ibi: *Arbitrum non prius cogendum sententiam dicere, quam conditio extiterit, ne sit inefficax sententia deficiente conditione, l. Prætor, ff. de iudicijs*, illic: *Alioquin illusoria erunt eiusmodi edicta, & decreta Prætoris, l. 1. ff. de inofficios. testament. l. fin. §. penultim. C. de bonis quæ liber. l. 26. tit. 4. part. 3.* ibi: *E assi el trabajo que huuiessen passado en veiendolas, tornarseles ha en escarnio y verguença.* Ex quibus iuribus ita tenet Dom. Molin. *lib. 3. cap. 14. num. 10.* dicens: *Quod iudicium non potest fundari super petitione, qua admissa iudiciũ ipsum aliquo respectu, valeat, ex post facto esse inane, vel frustratorium.*

87 ¶ Y no serà de momento si se dixere, que por la escritura de transacion estan diuididos los bienes entre los hermanos, y que estandolo no es necessaria otra diuision y particion.

88 ¶ Porque se responde. Lo primero. que impugnando como impugna doña Maria la escritura de transacion, no puede aprouecharse de ella para este efecto, Bart. *in l. post legatum, ff. de his quib. vt indign.* Anton. Gabriel, *tit. de regul. iur. conclus. 1. num. 54.* Alban. *cons. 17. num. 1.* Giurba, *decis. 100. num. 10.*

89 ¶ Lo segundo, que en la dicha escritura de transacion no estan valuados, ni estimados los bienes que alli se repartieron entre los hermanos, si no ad numerum seruata æqualitate adjudicados:

cados : y no auiendose estimado, ni apreciado, ni se puede saber el valor de las legitimas, ni lo que los bienes montaron que alli se repartieron.

90 ¶ Lo tercero, que en la dicha escritura no se sacò el tercio y quinto, que esto era preciso y necessario, conforme a la de las capitulaciones, en que se funda doña Maria: y en la verdad, para poder vsar de la dicha escritura de capitulaciones, se auia de auer hecho cuerpo de bienes de ambos padres, aprecio, y estimacion de ellos en la forma ordinaria, deduzido el tercio y quinto, y juntarlo con las legitimas paterna y materna, y si con el valor de lo vno y de lo otro no huuiesse bastante, de el residuo y legitimas de don Francisco y don Iuan se auia de tomar lo que faltasse cumplimiento a los dichos tres mil ducados: y todo lo que no es auerse hecho esto en forma de particiones, no se puede llamar diuision legitimamente hecha, para que se pueda dezir que se ha cumplido con el tenor de la condicion de la obligacion.

91 ¶ Y nada de esto interuino en la trãsacion, antes se deue aduertir, que quando se hizo aquella escritura viuia la madre de don Fernando, de cuya legitima no se podia hazer diuision, tanquam viuentis, iuxta *l. 1. §. si impubere, ff. de collation. bonor.* cum vulgatis, que tambien esta circunstancia impide el cumplimiento de aquella escritura de capitulaciones.

92 ¶ Finalmente sobre esta excepcion se aduierte, que don Francisco no està obligado insolidum a el suplemento, porque en la escritura de capitulaciones no se dize que se obliga de mancomun, ni ay termino, ni voz en ella que lo obligue insolidum a este residuo: porque aunque en la entrada de la escritura se dize la palabra, *insolidum*, es en quanto a Antonio de Merida, y doña Maria Chacon, y no respeto de don Francisco y don Iuà, como se podrà mandar ver por V. S. y assi solo se aurá de entender por su prorrata, en quanto a el suplemento, como vno de dos obligados: iuxta

textum

textum in l. 1. tit. 16. lib. 5. Recopilat. ibi: *Establezemos, que si dos personas se obligaren simplemente por contrato, o en otra manera alguna, para hazer y cumplir alguna cosa, que por esse mismo hecho se entienda ser obligados cada vno por la mitad, salvo si en contrato se dixere, que cada vno sea obligado insolidum, &c.* Quæ sint dicta. Salva in omnibus, &c.

Licenc. Verdejo

Carvajal.